

憲法上平等條款與違憲審查： 由空洞概念到價值權衡

何建志*

- 壹、我國大法官對憲法上平等條款的理解
- 貳、美國多階層審查模式是否值得借鏡？
- 參、平等概念的空洞性
- 肆、關於憲法第七條的詮釋
 - 一、形式平等？
 - 二、實質平等？
 - 三、一元化的審查方法：價值權衡

*何建志，國立台灣大學法律學研究所博士肄業

壹、我國大法官對憲法上平等條款的理解

我國憲法上關於保障人民平等地位的規定總計有五條。在這些條文中，憲法第七條是最一般性的平等條款¹規定。除此之外，其他平等條款則屬於個別領域事項的規定，如憲法第五條民族平等條款、第一百二十九條選舉權平等條款、第一百五十九條受教育機會平等條款，以及增修條文第十條第六項兩性地位實質平等條款。就我國釋憲實務上的平等爭議案件加以觀察，現有的全部案例都是在討論憲法第七條的涵意。因此不論就規範廣度或案件數量而言，憲法第七條是我國憲法上關於平等的最重要規定²。本文以下的討論也將集中於憲法第七條的在解釋上的問題。

憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」關於本條文的解釋運用，學理與實務上最重要的問題莫過於所謂「在法律上一律平等」的意義究竟應如何加以理解。

我國法學界傳統上多將平等概念分別由「事實平等與法律平等」、「絕對平等與相對平等」、「形式平等與實質平等」、「機械平等與比例平等」等種種區分方式加以闡釋，然後再主張我國憲法第七條規定的平等條款是「法律上」、「相對」、「實質」與「比例」的平等。因此我國法律學者的向來通說是，憲法上所要求的平等並不禁止合理的差別待遇³。

大法官在歷來平等案件上所形成的見解則與學界通說大體上一致。例如，「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上

1 關於憲法第七條的法律上平等，有稱之為「平等原則」者，也有稱「平等權」者，也有認為法律上的平等兼具有以上二種涵意。本文為行文便利則將本條文稱為平等條款。而以下在本文中，偶爾也會使用平等權或平等原則等名詞。

2 實際上，除了增修條文第十條第六項因為在內容上與憲法第七條男女平等的規定相互重疊，因而大法官在相關案件中會一併提及之外，在其他個別領域事項的平等條款上迄今為止都未有任何釋憲案例。

3 過去國內法學界對於平等意義的理解，見李惠宗（1988）的介紹與整理。

之差異及立法之目的，而為合理之不同處置」（第二一一號解釋文），以及「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」（第四八五號解釋文）⁴⁵。

觀察大法官的歷來解釋，我們發現「實質平等」已經成為大法官對憲法第七條的通用理解。由概念上看來，「實質平等」是相對於「形式平等」而言才有意義。可是何謂「實質平等」與「形式平等」？大法官對此並沒有特別著墨加以釐清。如果我們由解釋文的上下文脈絡加以觀察，則可以發現大法官心目中的「實質平等」指的就是「合理差別待遇」⁶。可是合理差別待遇本身也是不確定的概念，仍然需要一定的判斷標準加以具體化。就大法官解釋以及大法官個人所提意見加以整理，我們可以找出大法官判斷「合理差別待遇」所提出過的一些考量標準：一、立法目的（第二一一號解釋文）；二、事實上差異（第二一一號解釋文）或事物之性質（第四一二號解釋理由書）、事物之本質（第四七七號解釋理由書）；三、體系正義或法律體系之一貫性⁷；四、憲法之價值體系（第四八五號解釋文）。

根據以上大法官解釋對於憲法第七條平等條款所作的說明，我們可以大致得到如下的一幅圖像：判斷系爭法律規定有無違憲，首

4 其他大法官解釋的相類說法，見釋字三四一號解釋理由書、釋字四一二號解釋理由書。

5 本文所引用之大法官解釋文或解釋理由書均取自於司法院法學資料全文檢索系統網站：<http://wjirs.judicial.gov.tw/jirs/>。

6 日本學者和田鶴藏曾就實質平等舉出七種可能的意義，見李惠宗（1988: 16-17）。又我國學者蔡茂寅則認為「形式平等」為「法律待遇的均一化」，而「實質平等」為「事實關係的均一化」（1999: 112）。不過，他的這種定義並不是在討論大法官釋憲的脈絡下所提出，值得讀者區分留意。

7 大法官第四五五號解釋翁岳生大法官協同意見書：「按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則。」

先應當審查系爭規定的內容是否符合立法目的，而有無滿足立法目的，則取決法律規定的方式能否適切斟酌事物性質的差異。其次，就立法目的本身而言，必須是能夠在憲法上有所根據，不得違反憲法所建立的價值判斷。第三、除非基於重大之公益考量，否則系爭法律規定必須與過去的立法維持前後一致的協調關係，不得互相衝突矛盾。

關於理解憲法第七條的意義，雖然以上大法官解釋所揭示的實質平等與各項合理差別待遇考量因素已經提供一定程度的幫助，不過，關於究竟何種型態、程度的差別待遇才是合理或不合理，在判斷上仍有相當大的不確定性。例如，我們應該如何審查立法機關從事差別待遇時有無斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的？或者，在立法機關有所決策之後，我們如何判斷立法裁量是否正當？其次，在憲法之中規定了許多被維護或被追求的價值，而這些價值時有可能彼此矛盾或難以兼顧，在這種情況下，我們如何判斷立法機關所追求的目的是否抵觸憲法價值體系？第三，法律的前後一致性或體系正義本身是一種價值，這種價值如果與立法機關在特定法律中所追求的目的互相衝突時，則我們無法單純藉由體系正義本身判斷法律有無違憲。因為這時必須取決於系爭法律所追求的利益而定，如果利益足夠重要，則可以用「後法優於前法」的法理否定體系正義；反之，則體系正義可以否定「後法優於前法」的法理。由此我們可以看出，體系正義是一個相對性的價值，而且無法提供一個清晰可操作的違憲審查標準。

貳、美國多階層審查模式是否值得借鏡？

爲了提昇平等釋憲案件的論證精緻程度，目前已有數位國內學者建議我國大法官在處理平等案件時參考美國多階層審查模式⁸的作法，是我國法學界近年來在平等權理論上的一股新趨勢。⁹美國聯邦最高法院自二十世紀中葉前後，經歷一系列案件陸續發展出諸如「嚴格審查」(strict scrutiny)、「中度審查」(intermediate scrutiny)與「低度審查」(minimal scrutiny)等寬嚴不同的審查

基準（Shaman 1984）。至於適用何種程度的審查基準，則取決於所涉及憲法權利的敏感性高低。例如，系爭法律涉及人民基本權利者，則適用嚴格審查，其他權利則適用中度審查或低度審查。如果適用「嚴格審查」，則系爭法律將很難被聯邦最高法院認為合憲；反之，如適用「低度審查」，則系爭被宣告違憲的可能性則很低。關於美國聯邦最高法院這種審查模式的優劣，最先倡導這種審查模式的法治斌認為，多重審查基準「有助於認識用法之判斷與法院立場之統一具有相當之實用性，又可增加法律秩序之穩定性與可預見性，實有其不容否認之價值。」（1996: 45）而對我國大法官以實質平等概念詮釋憲法第七條，他則以為「判斷是否符合所謂實質平等之基準，顯然不可能一以貫之，而宜有雙重基準之考量。」（1996: 46）此外，許宗力也認為在我國「區分不同審查基準，是極有必要的，對大法官解釋恣意性的降低，以及合理性、可預測性與可接受性的提昇都有絕對助益。」（1999: 34）。

在美國這種多階層審查模式之下，透過將案件分級而適用不同審查基準考量合憲性，對於思考的精細度自然有所提昇。不過，我們可以發現，類似於事實問題的舉證責任分配原則，這種作法的特徵是在於設定訴訟當事人在法律主張上的舉證責任，而不是對平等的內涵與意義做出界定。當案件被歸為適用嚴格審查的種類，則被告負擔了較重的說理義務，因此容易敗訴；如果案件不被歸為適用嚴格審查的種類，則被告負擔了較輕的說理義務，因此容易勝訴。

-
- 8 原本美國憲法實務上的審查方式只有二種標準，美國聯邦最高法院大法官Powell稱為「雙階層方式」（two-tier approach）見Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 210（1976）。而美國聯邦最高法院大法官Stevens稱為「雙階層分析」（two-tiered analysis），見Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 212（1976）。後來因為聯邦最高法院增加了一種標準，為因應目前實際情形，本文翻譯為多階層審查模式或階層審查模式。
- 9 如法治斌（1996）、許宗力（1999）。其他具有類似觀點，而建議我國應採取「類型化處理」的違憲審查模式者，如黃昭元（2000）、廖元豪（2000）。不過，黃昭元則表示，雖然他主張類型化處理模式，但是並不主張全盤移植美國法院與憲法學界所發展的審查標準。然而究竟應當進行何種程度的移植？他則主張應當擷取學理上具有普遍性或一般化可能的原理原則。（2000: 30）。

然而，以這種審查方法處理平等案件，並沒有能真正釐清平等概念的意義。而且還有許多負面效果。

其實階層審查模式本身有不少缺點，而美國聯邦最高法院大法官早已經有人開始提出異議。原先美國聯邦憲法法院只有創設出「嚴格審查」與「低度審查」二種審查標準。不過後來在一九七六年的Craig v. Boren案¹⁰，聯邦憲法法院爲了避免嚴格審查太過嚴格而低度審查太過寬鬆的弊端，因此才開始提出新的中度審查標準。在本案中Stevens大法官認爲美國憲法上只規定了一個平等保護條款，並沒有要求法院在不同案件適用不同判斷標準。¹¹而Rehnquist大法官則基於美國憲法平等保護條款「並未含有這種說法」而反對多數意見提出新的中度審查標準。¹²Marshall大法官更是一向不苟同美國聯邦最高法院以階層審查處理平等案件。¹³在一九七三年的San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez案，Marshall大法官則批評階層式的審查是一種僵化方式（rigidified approach），無法適切地處理各種案件的差異性。雖然法院明文試圖將平等案件歸入各種範疇而分別適用不同標準進行審查，但是法院本身的一些判決卻悖離本身所宣示的標準。Marshall大法官因此提議一種流動性的光譜式審查模式取代僵化的分類審查方式。在這種新的審查方式之下，審查的重點將集中於系爭分類的性質，以及受差別待遇者與政府利益的相對重要性。^{14 15}

Shaman（1984）則針對美國的階層審查模式提出了以下剖析：

10 Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976) .

11 Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 211-212 (1976) (Stevens, J., concurring) .

12 Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 220-221 (1976) (Rehnquist, J., dissenting) .

13 見Dandridge v. Williams , 397 U.S. 471, 519-521 (1970) (Marshall, J., dissenting) ; Richardson v. Belcher , 404 U.S. 78, 90 (1971) (Marshall, J., dissenting) .

14 San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 98-99 (1973) (Marshall, J., dissenting) .

15 Marshall大法官提出這些批評時，美國聯邦最高法院尚未發展出中度審查的標準，不過他的批評仍然能夠適用於新的三階層審查模式（Shaman 1984: 164）。

一、從聯邦最高法院的判決來看，我們可以發現法院其實並未完全遵循自己過去樹立的審查標準。例如，該法院可以在向來被認為是低度審查的案件中限制可接受的政府目的，因此降低政府成功抗辯的機會（166）¹⁶。或者是在應歸屬於嚴格審查的案件類型開設例外，使得法律可以被認為合憲（170-171）。¹⁷當然，該法院由原先的二階層審查模式發展出三階層審查模式，這是不遵循過去自己所創設標準的最明顯例子。

二、Shaman更舉出了多階層審查的三種主要缺點：(一)僵化性；(二)妨礙分析；以及(三)內在不一致。

第一種缺點的問題在於，法院的決策主要侷限於如何在既有的三種審查類型下將案件加以歸類。一旦歸類完成之後，系爭法律的合憲性往往就大致底定。例如當案件被歸為低度審查的類型，則系爭法律幾乎就被自動被認為合憲；當案件被歸為高度審查的類型，則系爭法律幾乎就被自動被認為不合憲。而低度審查更是最受詬病的一種審查方法。在法院的建立的審查模式下，低度審查就幾乎等於不審查，因此法院對這些案件的處理如果不是放任不合理的法律成為合憲，就是操弄審查標準以否定系爭法律的合憲性。在前者的情形，法院明知法律不合理卻囿於低度審查的框架以致任憑這種法律合憲；在後者的情形，法院所做的其實就是將低度審查轉換為更嚴格的審查。如果低度審查不是如此侷限，法院也不會有需要多創設中度審查。而即使有了中度審查之後，在仍舊被歸為低度審查的案件中原有的問題依然存在。這種現象也出現在其他類型的審查階層，而法院為了避免僵化也會進行審查標準的操弄，這顯示了法院

16 例如 *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973)。本案所牽涉的是一項發放食物券的法律，該法律規定有權領取者的非親屬同居人無權領取食物券。聯邦最高法院認為這項立法的動機在於懲罰嬉皮，因此是一種不正當的政府目的。不過這違反了該法院過去在低度審查案件中不過問立法動機的慣例（Shaman 1984: 166）。

17 例如，*Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975)。本案所涉及的州法律規定居民必須在本州住滿一年才能對非本州居民提起離婚訴訟。在本案中至少涉及二項原本被認為應當使用嚴格審查的基本權利：州際遷徙權與婚姻權。不過，聯邦最高法院卻使用低度審查處理本案（Shaman 1984: 170-171）。

發覺到這整套系統過於僵化（173-174）。

第二種缺點則是在這套系統下注意力集中於分析案件應屬於哪一種審查型態，以至於忽略了具體個案本身的問題，這就犯了見林不見樹的弊病。憲法裁判的過程應當要適切權衡政府與人民之間的利益，但是在階層審查模式下，抽象的範疇區分卻阻礙了個案中的利益衡量。例如個人權利就被歸為「基本」（fundamental）或「非基本」，法律所使用的區分被歸為「可疑」（suspect）、「幾近可疑」（almost suspect）或「不可疑」，而政府的目的則歸被為「難以否認」（compelling）、「重要」（important）、「有效」（valid）或無效。這種範疇式的思考將利益衡量侷限於事先設定的窠臼，而無法使憲法訴訟所涉及的多樣利益在評價上能夠受到適當調整（174-175）。

階層審查模式的第三種缺點，反映在法院對於某些範疇的界定上產生內在不一致。例如可疑分類（suspect classification），早先被法院界定為：「被區隔的少數羣體」（discrete and insular minority）¹⁸。後來法院則認定為「曾經蒙受刻意不平等對待的歷史，或者流落於政治上的無力地位，以致於在多數決政治過程中需要額外保護」（subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process）¹⁹，或「污名或劣等的標記」（a badge or stigma of inferiority）²⁰，或者「基於不可變的特徵，或出生與條件的偶然因素」（immutable trait or accident of birth or condition）²¹。在些定義之下，法院將種族、來源國籍與外國人身

18 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938).

19 *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976) (quoting *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28 (1973)).

20 *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483, 494 (1954).

21 *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686 (1973); *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164, 175 (1972)

分等分類標準認定為可疑分類，從而使用高度審查處理相關案件。然而，性別²²、非婚生子女²³應當符合法院對可疑分類的定義，可是法院卻使用中度審查。而法院也不宣告同性戀²⁴、心理疾病²⁵屬於可疑分類，以致於涉及這些特徵的案件流於低度審查（175-176）。

又例如，原先法院將所謂基本權利定義為「具有極重要的社會意義」（*extreme social significance*）²⁶。不過這種界定方法卻過於主觀以致容易流於不一致，例如隱私權²⁷被法院認為屬於基本權利，但財產權²⁸卻不是。而在一九七三年，法院雖然嘗試將基本權利的範圍予以客觀化，而認為只有憲法本文明文或默示保障的權利才屬於基本權利。²⁹不過這種界定仍無法免除主觀恣意，因為關於何謂默示保障仍有然是不確定的判斷。因此法院嗣後的判決仍然出現不一致性，例如州內選舉權³⁰、州際遷徙權³¹、墮胎權³²等屬於基本權利，但是受教育權³³、住居權³⁴、就業權³⁵等則不屬於基本

22 *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

23 *Lalli v. Lalli*, 439 U.S. 259 (1978); *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977); *Matthews v. Lucas*, 427 U.S. 495 (1976).

24 *Doe v. Commonwealth's Attorney*, 425 U.S. 901 (1976).

25 *Schweiker v. Wilson*, 450 U.S. 221 (1981).

26 例如，*Kramer v. Union Free School Dist. No. 15*, 395 U.S. 621 (1969); *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963); *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

27 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

28 *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960); *Day-Brite Lighting Inc. v. Missouri*, 342 U.S. 421 (1952); *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106 (1949).

29 *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 33-34 (1973).

30 *Kusper v. Pontikes*, 414 U.S. 51 (1973); *Kramer v. Union Free School Dist. No. 15*, 395 U.S. 621 (1969); *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

31 *Memorial Hosp. v. Maricopa County*, 415 U.S. 250 (1974); *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

32 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

33 *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28 (1973).

權利 (176-177) 。

經由以上對美國聯邦最高法院判決的回顧，我們可以發現階層審查模式不但未能真正釐清平等的涵意，反而扭曲了違憲審查的思考方式。例如，美國聯邦最高法院自一九九五年起開始認為給予少數民族優惠待遇的措施應適用嚴格審查，³⁶然而由於性別因素仍舊適用中度審查，因此造成了一個結果：給予少數民族優惠性待遇的措施不容易通過違憲審查，而給予女性優惠待遇的措施則比較容易通過違憲審查。Stevens大法官認為這是一種異常的結果，因為由美國立憲史來看，制訂憲法上平等保護條款的目的就是在終止種族歧視，可是法院的判決卻使得少數民族比女性更難獲得優惠性待遇。³⁷

階層式審查體系之所以會發生扭曲的原因，是來自於權利（如隱私權、受教育權等）與分類因素（如種族、性別等）在各種社會生活事項上往往具有不同的多樣意義，因此不見得能一概而論某些權利在任何時空情況下必然總是基本，某些權利必然總是非基本；或者某些分類必然總是可疑分類，而某些分類必然總是非可疑分類。例如，性別因素可能在某些事項上的違憲嫌疑低，而在其他事項上的違憲嫌疑高，但是卻不見得所有涉及性別的事項都應當使用相同尺度加以衡量。同理，例如隱私權可能在某些社會領域具有重要地位，因此限制權利的法律違憲嫌疑高，而在其他領域中則不然，因此違憲審查所需要的尺度就另當別論。更何況，同一種權利在不同社會事項上所面臨的對立價值各不相同，如果凡是涉及這種權利的案件都使用單一審查尺度，顯然不能使違憲審查能依據案件特徵作出最適當的價值權衡。如果我們能明白這一點，則不難看出美國聯邦最高法院的所面臨的困境：如果忠實依照階層審查模式處

34 *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972) .

35 *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93 (1979) ; *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 318-21 (1976) (Marshall, J., dissenting) .

36 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) .

37 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 246 (1995) (Stevens, J., dissenting) .

理案件，雖然能夠維持法律安定性與可預見性，可是會使某些案件出現不理想的結果，但是如果依據個案的需要予以彈性處理，則會使法院判決的可預見性與自我前後一致性受到破壞。

由法學認識論的觀點來看，我們更可以發覺階層審查模式隱含的一些嚴重問題。例如基本權利與非基本權利的區分。在憲法並沒有對權利的價值高低加以明文規定的情形下，司法機關從事基本權利與非基本權利的區分，可能只是反映了一時的意識型態或主觀價值。同理，如果憲法沒有明文規定，則可疑分類與非可疑分類的區分本身也是相當可疑。由於美國階層審查模式本身必須預設某些先驗的權利層級範疇，因此反而製造了認識論上的爭議。

綜合以上所述，我們可以發現，美國階層審模式具有形式化與僵化的缺點，不足以為司法機關提供一個適當的思考架構以解決憲法案件的價值衡量問題。當我們為了案件應當被歸為哪一等級而從事論辯時，這種爭論不但會陷入對於虛構的預設範疇之爭，更會不當地轉移了違憲審查的焦點。因此關於平等案件的違憲審查，理想的審查模式不宜過度依賴憲法所未規定的概念，能夠具有開放性與彈性，不至於只適合處理某些案件但無法妥善處理其他案件，而且能導引我們敏感地掌握個案的特質，又能兼顧法律一般性的原則。為了完成這項工作，我們可以先就平等概念的特徵加以分析，然後在試圖建立適當的違憲審查模式。

參、平等概念的空洞性

平等是向來法學與哲學上最難解的問題之一。當然學術界早就公認並不是凡有差別待遇即構成不平等，至於如何區別違反平等與不違反平等的差別待遇，則引發了學者之間爭執不休。而Westen則清楚地說明平等是一個沒有自身實質內涵「空洞觀念」(empty idea)，因此對於我們使用平等作為一個法律原則或法律權利的涵意何在提供了相當有價值的澄清。³⁸Westen主要想說明二件事情：一、在邏輯上，平等的主張其實是訴諸於某種平等以外的權利。二、將其他權利轉化為平等的名義加以主張造成了嚴重的概念混淆

(1982: 542) 。

如果將平等的內涵以源自於Aristotle的平等公式加以理解：「相同者應相同對待；不相同者應不同對待。」，則Westen認為平等是一種空洞形式化的同義反覆（tautology）。以「相同者應相同對待」為例，為了能夠使用這個公式，我們必須先判斷何謂相同或不相同。可是，除了數字與幾何圖形這種非物質性的符號或形式（immaterial symbols and forms），世界上根本沒有完全相同的事物。反之，我們可以說任何事物可以在某些方面相同，不過如此一來反而任何事物都可以被說成相同。為了解決以上的問題，或許可以認為所謂「相同者」是指在某種道德面向上的相同。不過，「道德上相同」的範疇並不是自然而然存在，而必須由人加以界定。因此所謂在道德意義上相同，等於是提出了某種道德上的處理標準，這項標準指出了何者為應加以相同對待的對象。在此我們可以發現一個循環論證：所謂在某些道德面向上相同者「應相同對待」，即是依照某種視他們為相同的道德標準對待他們。因此「相同者應相同對待」意味著：在一種規則下被認為應當受到相同對待者，應當依照這項規則加以相同處理。因此平等的要求即是應當對相同者給予相同對待，但是當我們問「何謂相同者？」時，我們所得到的答案為：他們就是「那些應該受到相同對待者」。準此，Westen的結論是，平等是一個沒有實質內涵的空洞容器。如果沒有援引外部的道德標準，則平等本身不能告訴我們應當如何作為。然而，如果有了這些道德標準，則平等就成為多餘（1982: 543-547）。

此外，以平等進行討論也會掩蓋系爭問題的真相。正因為世界上沒有完全相同的人，然而我們卻可以在某一方面來將他們視為相

38 雖然Westen並不是第一個提出這種想法的人。不過，他將這種想法以非常清晰、完整的方式加以考究並呈現，對於這項問題的思考有極大貢獻。關於以往許多學者提出平等概念空洞性的意見，請參閱Westen（1982）文章中的各相關部分與註腳。就國內學者而言，黃昭元似乎意識到平等是一個空洞概念與循環論證，不過他仍然還是以「同者等之，不同者不等之」的平等公式來理解平等（2000: 24-25）。

同，因此某一方面的平等必然意味著在另一方面不平等，反之亦然，某方面的不平等意味著其他方面的平等（Westen 1983: 616）。³⁹當以平等之名進行討論時，乍看之下似乎是一方主張平等而另一方為不平等辯護，但實際上各方都是在為平等而爭執，只是各方所選取的平等立場不同（Westen 1982: 592-596）。⁴⁰

經過了Westen的嚴厲批判之後，平等權在法律或倫理上還有任何意義嗎？如果我們將平等依傳統的「相同者應相同對待」加以理解，則平等的確是一種沒有實質內容的空洞概念。除了「相同者應相同對待」的空洞公式之外，還有沒有其他的理解方式，使得平等可以不需要依附於其他權利或規則，而具有自身的獨立實質內涵？

從邏輯的觀點看，法律的內容必須指涉於特定的人、行為或事物，否則，法律將不會具有任何內涵，法律的適用範圍也根本無從確定。準此，法律的運作必然會使用到區分（distinction），亦即，為了課予義務或授與權利，法律必須指示何為構成要件主體與非構成要件主體，何為構成要件行為與非構成要件行為，何為構成要件客體與非構成要件客體。同理，一切法律行為以及人類行為也一定會使用區分作為運作前提。⁴¹從這個觀點來看，我們可以發現，如果將平等權與區分是否合理的問題加以等同，則任何法律或

39 Westen的這項觀點引述自“Developments in the Law -- Equal Protection.” *Harvard Law Review* 82: 1065-1119.在該文1164頁中提到，人們在生理特徵、社會與經濟地位等客觀性質上並不相同，而且主觀偏好、價值與品味愛好也都各自不同。因此所謂平等對待不具有意義，因為在某方面平等對待總是導致在其他方面的不平等對待。不過，該文舉出的這個觀點則是引用自Flathman（1967: 43, 49）。如果在思想史上向前追溯，這種想法可以遠溯及古希臘時期哲學家對「一與多」、「同與異」的討論，例如Plato的著作*Parmenides*已記載了Socrates與Zeno對這個問題的爭辯。

40 Westen並引述了許多學者的類似看法，如Rae：「問題不在於『是否平等？』，而在於『何種平等？』」；Benn：「平等……通常……意味著除去某種區分，而以另一種區分加以取代」；Karst：「達成某一種形式的平等必然隱含了施加相對應的不平等」；Lucas：「如果我們在某方面造成平等，我們因此會在其他方面造成不平等」。以上各學者的說法，見Westen（1982）在文章中第201號註腳的引述。

行為都會有平等權問題，或者說，平等權可以附著在一切法律或權利的運作。不過，認定區分是否合理卻不能單純藉由平等概念提供答案，而必須訴諸其他價值規範。若是將平等權的基礎建立在這個層次上，則無法逃脫平等概念空洞性的指責。爲了要確立平等權的特有實質內涵，必須另外尋找基礎。

關於如何理解平等，Dworkin與MacKinnon似乎已經意識到如果將平等的意義侷限在爭論何者爲相等或不相等，則會陷入沒有出路的困境。他們採取了另一種途徑。這種途徑強調平等的意義在於主張個人不得單純出於他人的利益考量而受到漠視，或者，平等的意義在於個人有權免於受到他人所宰制。

Dworkin所倡導的「平等關懷與尊重」(equal concern and respect)是一個比較溫和的主張。Dworkin特別區分了「平等待遇的權利」(the right to equal treatment)與「被視爲平等者的權利」(the right to treatment as an equal)。前者是要求資源分配的平等，而後者則不是要求資源分配結果的平等，而是要求人民在分配決策的過程中必須被加以考慮而不受漠視。Dworkin所強調的「平等關懷與尊重」是第二種平等，他認爲這才是自由主義平等觀(liberal conception of equality)的根本(1978: 272-273)。^{42 43}

關於歧視與平等的問題，MacKinnon認爲向來主流的處理方式屬於一種「差異取向」(difference approach)。然而，平等問題在她看來其實是「權力分配的問題」(a question of the dis-

41 根據Luhmann的系統理論(system theory)，區分是一切觀察的運作基礎。關於系統理論下區分與觀察等概念的一般介紹，見鍾芳樺(1997: 28-38)。

42 Dworkin這種想法散見於他的多處著作中，另請參閱Dworkin(1978: 227)。Dworkin對於平等的這種理解，也被Tribe的美國憲法權威教科書所援引(1988: 1437-1438)。

43 Dworkin的這種平等理論來自於哲學家Rawls的正義理論(Dworkin 1978: 180-183)。Rawls認爲只要凡是具有善惡觀念*與正義感的道德人格者(moral person)就有資格享有平等(1971: 504-512)。* Rawls所謂的a conception of their good是指對於任何有形無形事物在價值上具有某種觀念而言。英文中的good可以兼指有形或無形，以及具體或抽象事物，在中文翻譯爲善或財貨等都難以兼顧英文的多種意義。conception of good在此權宜翻譯爲善惡觀念。

tribution of power)，以及上下層級的問題（a question of hierarchy）。由於社會權力分配的不平等，以致造成社會出現上下層級，而在權力的運作下，則進一步建構並鞏固了種種差異與區分。爲了在根本上擺脫權力建構下的種種差異與區分的範疇，以避免差異取向的盲點，因此她提議另一種「宰制取向」（dominance approach）來分析平等問題。宰制取向並不是用來研究現實或符合現實，而是在於批判現實。因此宰制取向不會去設立可用在個案中產生特定結果的抽象標準，而是揭露種種宰制與屈服的現象（1987: 32-45）。在這種世界觀之下，我們可以得到另一種在形式上比較激進的平等權，即平等是一種反抗宰制的權利。更進一步說，這是一種反對現狀而要求改造既有社會結構的理論。⁴⁴

不論是「平等關懷與尊重」或是「反抗宰制」，基本的想法是禁止擁有分配資源權力者漠視他人的人格，而出於追求利益的目的實施排斥性或宰制性的措施。當然，這二者在強度上看起來有所差別。基於「平等關懷與尊重」，Dworkin只要求資源分配者必須在決策時不可忽視相對人的價值，然而並不一定要求在結果上必須有相同待遇。而在「反抗宰制」的觀點下，MacKinnon則更進一步挑戰宰制性的社會結構。

雖然這些平等理論已經不再將重點放在強調人與人之間有何相同或不相同，但是以上這二種平等理論並未能完全免於Westen的批評。以Dworkin的「平等關懷與尊重」爲例，Raz曾指出，其實Dworkin所強調的無非就是「關懷與尊重」，至於平等則是贅餘。⁴⁵而Dworkin的追隨者Waldron也不得不承認，Raz的批評可能屬實（1991: 1362）。而Hart也曾清楚地剖析，在Dworkin的「平等關懷與尊重」之中，「平等」這個字詞扮演著空洞而誤導的角色（1979: 845）。準此，即使Dworkin的「關懷與尊重」或

44 贊同這種以平等作為反宰制的理論，見West（1990: 693-699），及廖元豪1996〈美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究——兼論平等原則之真義〉，《東吳法律學報》，9卷2期，頁1-44，台北。

45 轉引自Westen（1990）頁102-103第10號註腳。

MacKinnon的「反抗宰制」可以迴避認定相同或不相同的爭論，但是仍然引用了平等以外的價值來填充平等的內涵。而且他們的主張只是轉換了問題的形式，但是其實沒有真正解決問題。所謂「關懷與尊重」與「反抗宰制」都是內容不確定的概念，究竟何種待遇才符合「關懷與尊重」或「宰制」並不是自明之理，而且是取決於不同立場而定。

肆、關於憲法第七條的詮釋

一、形式平等？

讓我們回到憲法第七條。我們如何詮釋憲法第七條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」？關於這個條文，首先我們可以發現二種比較有意義的詮釋。

首先，憲法要求我們在執法時應當遵守一致性（consistency）與不偏私（impartiality）的原則，意即不得基於某些與法律要件無關的特徵而給予或不給予法律所規定的待遇，這就是傳統上所謂的形式平等或法律之前的平等。其實執法一致性與不偏私並不同於平等，不過如果沒有經過嚴密思考，一般人無法意識到這二者似是而實不同，因此制憲者使用平等的語彙來表達自無可厚非。例如，民法第十二條規定：「滿二十歲為成年」，因此只要具有「滿二十歲」的特徵者，就得以享有成年人的一切權利。當我們對於一位滿二十歲的人不給予成年人在法律上應有的待遇，則這種待遇違反了適用法律的一致性。為了救濟這種情形，不需要以此人未受到與其餘同樣滿二十歲者相同待遇的理由加以處理。我們只需要忠實而無矛盾地實施法律規定，而不需要從事所謂的平等待遇。」

其次，我們知道，憲法並不禁止基於「男女、宗教、種族、階級、黨派」而在立法上有所差別待遇，否則許多法律乃至於其他憲法條文都會違反憲法第七條的規定。⁴⁶憲法所禁止的是「僅僅」根據男女、宗教、種族、階級、黨派等等因素而實施差別待遇。一方

面來看，每個人都具有多重身分與多種特徵，另一方面來看，則人與人之間具有異質性，因此差別待遇必須與所選取的區分之間具有合理關聯性。如果僅僅依據特徵本身，而不是根據這項特徵在社會上的涵意或關係，則實施差別待遇所選取的區分不具有正當性。為何憲法第七條特別舉出男女、宗教、種族、階級、黨派等因素？因為這些特徵是自然普遍性的分類，如男女，或者是社會普遍性的分類，如宗教、種族、階級、黨派（我們很難想像一個人在社會上完全沒有任何宗教、種族、階級、黨派的歸屬），因此這些範疇之下所包含的可能是一個高度異質性的羣體，單純以這些普遍性的特徵從事區分，在處理上可能過於粗糙（例如過度包含或過度排除），導致差別待遇措施和具有這些特徵的對象之間不具有充分的合理關聯性。然而區分特徵與差別待遇之間的合理關聯性是否存在，必須考量到差別措施待遇的內容，而難以一概而論。例如男女性別，如果差別待遇內容是服兵役的義務，則區分與待遇之間的合理關係比較明顯；但是，如果差別待遇內容是擔任文職公務員的權利，則合理關聯性比較不明顯，必須加上其他的考量因素才能補強合理關聯性。

二、實質平等？

至於目前國內釋憲實務與學說所主張的「實質平等」則又如何？如果我們分析平等的語言，則可發現一項措施究竟有無符合實質平等取決於根據何種觀點，有多少種觀點就會有多少種不同的實質平等。

例如大法官釋字第三四一號解釋涉及的公務人員考試問題。我們可不可以依據地區而決定不同的錄取率或錄取標準？⁴⁷就「能力平等」的觀點來看，這可能造成某一地區落榜者竟然比其他地區名

46 區分男女而實施差別待遇的法律，如兵役法。區分種族而實施差別待遇的法律，如憲法第一百六十八條、第一百六十九條、憲法增修條文第十條第十一項、第十二項，及原住民族教育法等。區分經濟階級而實施差別負擔的法律，如全民健康保險法與各種稅法。區分黨派而實施差別待遇的法律，如公職人員選舉罷免法第四十五條之五（政黨選舉費用補助金），總統副總統選舉罷免法第二十二條第二項（得推薦候選人之政黨）。

列前茅者成績更高的現象，因此違反了應考人之間的平等。但是，如果因為各地區在教育或其他社會資源上的差距，而顯著影響了各地區應考人的考試能力，則基於「地區發展平等」的觀點，我們便有理由在錄取率或錄取標準上採取差別待遇，以促進資源較少的地區能夠吸收人才或者培植當地人才。同理，我們可不可以特別針對身心障礙人士開設特種考試，以比較寬鬆的考試標準便於他們獲得公務人員資格？⁴⁸由「能力平等」的觀點來看，這違反了身心障礙者與非身心障礙者應考人之間的平等。但是，由「立足點平等」或「起點平等」的觀點來看，這種企圖矯正身心障礙者與非身心障礙者天賦差異的措施，有助於身心障礙者獲得與非身心障礙者一樣的發展機會，因此合乎平等。

由以上二個例子可知，在同一件事情上可以有很多種面向的平等，而這些不同面向的平等卻導出互相衝突的要求。在所謂「實質平等」的語言下，我們應當關心哪一種面向上的平等在價值上比較重要，而不是哪一種面向上的平等比其他面向平等「更平等」，或者哪一種面向上的平等比其他面向平等「更實質」。為了免除討論上的混淆，當我們在理解運用憲法第七條時，我們可以直接由「差別待遇是否合理」，或者以差別待遇措施與區分特徵之間有無合理關聯性，來判斷差別待遇有無違憲，而毋需再使用贅餘的「實質平等」來詮釋「法律上一律平等」。

由於我們不需要再以「實質平等」作為推理上的操作工具，因

47 我國法上這一類的規定見憲法第八十五條：「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，並應按省區分別規定名額，分區舉行考試。非經考試及格者，不得任用。」（按：本條經憲法增修條文第六條第三項予以停止適用）。司法院大法官釋字第三百四十一號解釋則認為分區考試制度不違反憲法第七條：「七十九年特種考試臺灣省基層公務人員考試規則係考試院依其法定職權訂定，該規則第三條規定，本項考試採分區報名、分區錄取及分區分發，並規定錄取人員必須在原報考區內服務滿一定期間，係因應基層機關人力需求及考量應考人員志願，所採之必要措施，與憲法第七條平等權之規定，尚無抵觸。」

48 公務人員考試法第三條第二項：「為因應特殊性質機關之需要及照顧殘障者之就業權益，得比照前項考試之等級舉行一、二、三、四、五等之特種考試，錄取人員僅取得申請舉辦特種考試機關及其所屬機關有關職務任用資格，不得轉調其他機關。」

此所謂一項措施究竟是「追求等者等之，不等者不等之的實質平等」，或是「爲了追求政策目的而干預平等」，⁴⁹則並非至關緊要。乍看之下，「追求等者等之，不等者不等之的實質平等」與「爲了追求政策目的而干預平等」，前者是在平等概念內如何追求實質平等，而後者是由平等概念以外的因素限制平等，二者間在概念上有清楚分界。但是由先前所舉的例子來看，差別待遇究竟屬於前者或後者，其實只是觀點上的差異。正因為在不同面向上可以成立不同的平等，我們總是可以找出某一種觀點來證明某種差別待遇合乎「實質平等」。但是另一方面來看，我們也總是可以基於其他觀點證明某種差別待遇不合乎「實質平等」。在採取「能力平等」觀點的人看來，分區考試或身心障礙特種考試是爲了追求政策目的而干預平等，但是在採取「區域發展平等」或「立足點平等」觀點的人看來，這些措施正是不折不扣地追求實質平等。總而言之，唯有當我們採取某種觀點之後，才能決定系爭差別待遇屬於干預平等或追求實質平等，然而，在其他同時存在的觀點看來，則答案卻會不相同。爲了避免無謂的語言之爭，其實我們應當在意的是究竟哪一種觀點比較好，至於系爭措施是在追求實質平等或干預實質平等，對於如何幫助我們抉擇觀點並沒有實益。

三、一元化的審查方法：價值權衡

經由先前的分析，我們已經認識到平等是一個沒有實質內涵的空洞概念。可是，我們如何應用憲法上第七條平等條款？基於解釋憲法的立場，我們應當儘可能地將每一個憲法條文解釋爲有意義。

49 關於這種區分，見許宗力（1999: 22）。認為「爲了追求政策目的而干預平等」不違憲，前提是必須承認平等權並非絕對不可限制的權利。憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」其中本條文所指「以上各條列舉之自由權利」，在文義上看起來並沒有特別排除憲法第七條，從而似乎可以推論，在符合第二十三條規定的必要範圍內，可以限制憲法第七條的平等權。關於人民的平等權是不是絕對不可以限制，在法理上是一個有待爭議的問題。不過我們應當留意，關於「平等權是否絕對不可加以限制」的問題，必須預設有所謂「平等」的存在。由平等概念空洞性的觀點來看，「平等權是否絕對不可加以限制」即無關宏旨。

因此我們不宜將憲法第七條認為無意義而摒棄不用。

關於憲法第七條的應用，我們可以直接以「差別待遇是否合理」，或者以差別待遇措施與區分特徵之間有無合理關聯性，來判斷差別待遇有無違憲。關於法律是否違反平等，在於系爭規定對於相對人所產生的效果有無導致價值上的輕重失衡。我們可以由以下幾個層次思考系爭規定有無導致價值上的失衡：

(一)、法律所追求的目的

立法目的作為判斷有無違反平等的標準，早已經見諸於許多大法官的解釋。當法律的目的越具體、單純時，則越容易判斷法律是否違反合理差別待遇。這是因為當法律的目的具體、單純時，我們所必需參酌考量的事實範圍就比較明確。例如，關於大法官釋字第四五七號解釋所涉及的國有農場土地耕作權繼承問題，由於系爭行政院國軍退除役官兵輔導委員會「本會各農場有眷場員就醫、就養或死亡開缺後房舍土地處理要點」的目的在於照顧遺眷，因此該辦法只允許結婚後的兒子繼承耕作權，而不許女兒繼承耕作權，很明顯欠缺正當考量可以支持這種差別待遇。

不過，當法律並不是追求單一目的時，則差別待遇是否合理便比較難以判斷。例如釋字第四五五號解釋涉及的服役年資合併計入公務員年資問題，只允許志願役軍人而不許義務役軍人將服役年資合併計算入退休年資是否合理？如果由酬謝退休人員為國家服務的目的來看，這種差別待遇的確不合理。然而如果由鼓勵國民從軍的目的來看，這種規定確實不無增加志願從軍誘因的效果。尤其是在國防情勢緊張的時代，鼓勵優秀人才從軍是一項相當重要的國家政策。只不過一方面或許因為時空因素變遷，二方面這種差別待遇對於鼓勵國民從軍的誘因效果事實需要從事大規模社會學調查才能獲得證明，因此在政府未能提出客觀事實或充分數據舉證的情況下，大法官便不承認這種差別待遇的合理性。

(二)、區分方式之間的比較

當我們確定了法律的目的之後，則可以就達成法律目的的各種區分方式加以比較。不過，由於人們的異質性或多樣性，任何一種

處理事務的標準對每一個人的影響都會不一樣。即使某種規定並未刻意進行區分，但是卻會對不同人造成不同影響。至於一種規定從事刻意區分，自然也會對不同人造成不同影響。因此任何一種規定都是有所區分與有所不區分同時存在。所以當我們使用合理差別待遇判斷有無違反憲法第七條時，應當判斷何種區分方式的效果比較理想。

例如大法官釋字第四二九號解釋涉及的公務人員實務訓練規定。當公務人員高普考試筆試及格後，是否必須經過實務訓練且訓練期滿成績及格者才能發給證書分發任用？由於所有筆試及格者的經歷具有多樣性，因此我們無法事先完全排除某些筆試及格者確實不需要再接受實務訓練的可能性。只要在不妨害公務機關用人需求的前提下，相對於「全體筆試及格者」，將受訓對象限縮在「先前沒有實務經驗的筆試及格者」也是一種可能的規定方式。至於這二種規定方式的相對優劣如何？當我們使用第一種標準，可能發生包含過廣而使得沒有必要接受訓練的人接受實務訓練，因此造成人力資源浪費；反之，當我們使用後一種標準，如果沒有適當的篩選機制或相關配合措施，則可能導致有必要接受訓練的人可能因此沒有受到適當訓練。爲了運作這些機制或措施，則需要國家投入額外的人力與物質資源，而且因爲其中難免涉及行政裁量，也可能因而產生執行上的爭議。如果使用第一種標準所浪費的人力資源小於使用第二種標準的所需資源或成本，則要求全體筆試及格者一律參加實務訓練具有合理性；反之，則不具有合理性。

（三）、利益與負擔的分配

由於人與人之間的異質性，在某一種法律區分方式下有人得利有人受害，而在其他區分方式下，則受益者與受害者的分佈就會不同。當我們在判斷差別待遇的合理性時，也必須考量相對人受害與受益的程度。爲了實現法律的目的，如果受害人承受的負擔並未達到難以忍受的程度，則法律的規定在價值上並未輕重失衡，因此差別待遇具有合理性；反之，則不具備合理性。

以先前討論的公務人員考試實務訓練問題爲例，當某些筆試及

格者已經具有合乎公務機關所需要的實務經驗，如果國家爲了節省行政資源而未能使用較爲彈性的及格篩選機制，這種筆試及格者因此承受了不必要的負擔。不過，如果與國家因此獲得的行政便利相比較，如果這種負擔並非令人難以忍受，則要求全體筆試及格者一律接受實務訓練尚不至於在價值上輕重失衡。

我國大法官在關於選舉事項上的新近解釋就明顯地基於這種損益衡量的觀點詮釋憲法第七條。例如總統副總統選舉罷免法第二十三條第二項及第四項設有連署規定，以及第二十三條第一項設有保證金規定，雖然使資力較差者無法與資力較優者在競選總統上一較高下，但是如果沒有這種差別待遇的限制，將會造成過多人參選總統而導致社會資源的耗費。因此大法官在釋字第四六八號解釋中認爲，爲了避免社會資源無謂耗費，系爭法律的差別待遇是合理範圍內所爲適當之規範，並不違反憲法第七條。不過，釋字三四〇號解釋又如何呢？公職人員選舉罷免法第三十八條第二項規定，政黨推薦之候選人得以減半繳納保證金，而沒有獲得政黨推薦者應繳納全額保證金。大法官在本號解釋中認爲這屬於不合理差別待遇而違反憲法第七條。大法官釋字第四六八號解釋與三四〇號解釋似乎立場不一致。對於國民參政權的差別待遇，爲何大法官對前後案件會有相反的結論？其實大法官這二號解釋都符合損益權衡的判斷原則。因爲釋字第四六八號解釋所涉及的是總統副總統選舉，這種全國性選舉所消耗的社會資源比較多，而且選舉結果對國家整體有重大影響，因此較高的參選門檻限制具有正當性。而釋字三四〇號解釋所涉及的是區域性選舉，所消耗的社會資源較少，而且選舉結果對國家整體影響不如總統副總統選舉，因此適合開放比較多的人參選，而不需要設置太高的競選門檻，從而全額、半額保證金的差距對於人民參政機會的限制就會形成過度負擔。⁵⁰

不過，如果涉及社會資源重分配，由於受益者與受害者之間在價值上的輕重衡量比較複雜。除非法律的差別待遇明顯抵觸法律本身追求的目的，否則我國大法官的既有態度傾向於不否定立法機關的決策。例如國軍老舊眷村改建條例對於眷村住戶提供了優厚的住

宅扶助，不過由於政府整體財源有限，因此這種給付意味著政府在其他社會領域的給付將會減少，從而減損了其他人所受到的給付。雖然大法官釋字第四八五號解釋已經暗示本條例的給付可能已經構成過度照顧，但是大法官在本號解釋中還是不願意明確宣告本條例違反憲法第七條而立即或定期失效，而僅建議立法機關從事改進。大法官本號解釋的立場值得肯定。關於資源重分配的政策，原則上決定權應歸屬於立法機關，司法機關不宜貿然干預。換句話說，如果立法機關的決策沒有明顯抵觸憲法，而具體的規定也尚未達到毫無理由的差別待遇，則立法機關在這種領域上的形成自由應當獲得比較高度的尊重，而不適合由司法機關代為從事政策上的價值判斷。

本文以上所建議的價值權衡方法與比例原則有相通之處，甚至在以上所提到各種權衡的層面中，都可以使用比例原則的思考方式加以判斷。關於比例原則是否可以應用在平等原則之上，德國學界對此夙有爭論（許宗力1999:19-22）。不過，自從德國聯邦憲法法院在一九八〇年開始使用比恣意禁止更嚴格的「新公式」審查平等案件之後，許多學者便認為新公式就是使用了比例原則（Baer 1999: 261），而聯邦憲法法院本身⁵¹也採取這種看法（Sachs 1998: 153）。新公式的內容大致為：當法律對不同羣體從事差別待遇，則不同羣體之間在種類上與重要性上的差異必須足以正當化不同待遇，而不同待遇與正當化理由彼此之間也必須有適當關聯。⁵²根據新公式的內容加以分析，我們確實可以發現，德國聯邦憲法法院的

50 由這二號解釋可以再度證明美國式的階層審查模式的缺點。這二號解釋均涉及人民參政權，如果運用美國階層審查模式加以處理，則必然會被歸屬於同一等級的權利，因此適用同等的審查寬嚴尺度。如果被認為基本權利而適用嚴格審查，有可能這二號解釋所涉及的法律都會難以通過合憲性審查。如果被認為非基本權利而適用低度審查，則這二號解釋所涉及的法律都會輕易通過合憲性審查。可是雖然這二種法律都限制了人民的參政權，但是因為選舉的種類不同，因此這二種法律應分別適用不同審查尺度，而不是同一尺度。

51 BVerfGE 88, 87 (96); 93, 99 (111)。

52 見BVerfGE 82, 126 (146); BVerfGE 55, 72 (88)。本段描述新公式的文字引自Baer的翻譯（1999: 261）。

新公式基本上蘊含了比例原則的精神。

而美國聯邦最高法院Marshall大法官則早在德國聯邦憲法法院提出新公式之前就建議了類似的審查方法。他提倡打破美國固有的階層審查模式，而以漸進式的光譜審查平等案件。在這種光譜式的審查模式下，法院的審查尺度隨著相對人所受不利影響的重要程度增減。⁵³審查的焦點在於系爭分類的性質，以及系爭利益對人民與政府的相對重要性。⁵⁴他認為，在所有的平等案件中，關鍵問題乃是差別待遇能否有助於促成適當的政府利益。⁵⁵至於在學界方面，Shaman（1984）則支持Marshall大法官的想法，主張單一化的審查模式，而以差別待遇是否能促進適當政府利益作為判斷標準。

由美國聯邦最高法院Marshall大法官所建議的方案，乃至於德國聯邦憲法法院的新公式，在在顯示了平等案件的審查重點並不在於爭辯何者為平等或何者為不平等，也不在於操作「實質平等」、「基本權利」或「可疑分類」等概念，而在於判斷是否某一種法律上的區分方式在價值權衡上比其他區分方式更理想。這種判斷方法具有開放性，可以允許各種立場分析系爭區分方式的利弊得失，而這種方法的彈性則可以使釋憲機關更細緻地論證系爭差別待遇的優劣。當釋憲機關運用這種方法從事審查時，則不需要過度依賴憲法所未規定的概念，更不至使這些概念反客為主轉移了違憲審查的焦點。因此我們可以合理地相信，唯有採用這種方法，才能夠使我們擺脫空洞的語言而具體地進行價值判斷的推論，從而增加釋憲機關審查平等案件的透明度。另一方面，在發展本國的平等審查理論時，這種方法也能使我們避免陷入名詞概念之爭的陷阱。

53 San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 98-99 (1973) (Marshall, J., dissenting).

54 Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471, 520-521 (1970) (Marshall, J., dissenting).

55 "As in all equal protection cases, however, the crucial question is whether there is all appropriate governmental interest suitably furthered by the differential treatment." 見Police Department of the City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92, 95 (1972).

參考書目

李惠宗

1988 《從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

法治斌

1996 〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，6卷1期：頁35-50，台北。

黃昭元

2000 〈「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性—司法院釋字第四八五號解釋評析〉，《台灣本土法學》，6期，頁19-38，台北。

許宗力

1999 〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，中央研究院中山人文社會科學研究所，台北（1999/3/20-21）。

廖元豪

1996 〈美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究—兼論平等原則之真義〉，《東吳大學法律學報》，9卷2期，頁1-44，台北。

2000 〈歐洲人權公約對平等權之保障—以歐洲人權法院判決為中心〉，《憲政時代》，25卷3期，頁83-98，台北。

蔡茂寅

1999 〈平等權〉，《月旦法學雜誌》，46期，頁111-117，台北。

鍾芳樺

1997 《法律作為系統：試論盧曼（N. Luhmann）的法律社會學》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

Baer, Susanne

1999 "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court." *Columbia Journal of European Law* 5: 249-279.

Dworkin, Ronald M.

1978 *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.

Flathman, Richard E.

1967 "Equality and Generalization, A Formal Analysis." Pp. 38-60 in *EQUALITY*, edited by J. Ronald Pennock and John W. Chapman, New York: Atherton Press.

Hart, H.L.A

1979 "Between Utility and Rights." *Columbia Law Review* 79: 828-846.

MacKinnon, Catharine A.

1987 *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Rawls, John

1971 *A Theory of Justice*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Sachs, Michael

1998 "The Equality Rule Before the German Federal Constitutional Court." *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* 139-158.

Shaman, Jeffrey M.

1984 "Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny." *Ohio State Law Journal* 45: 161-183.

Tribe, Laurence H

1988 *American Constitutional Law*. 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press.

Waldron, Jeremy

1991 "Jurisprudence and Political Theory: The Substance of Equality." *Michigan Law Review* 89: 1350-1370.

West, Robin

1990 "Progressive and Conservative Constitutionalism" *Michi-*

gan Law Review 88: 641-721.

Westen, Peter

1982 "The Empty Idea of Equality." Harvard Law Review 95: 537-596.

1983 "The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply." Michigan Law Review 81: 604-663.

1990 Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse. Princeton, N. J.: Princeton University Press.